


POR
D. ALONSO DE
MEDINA Y CASTELLON,
POSSEEDOR DEL VINCULO Y
Mayorazgo que fundô Doña Ysabel de Castellon, y Doña Sebastiana de Ochoa su Madre, y Tutora:

EN EL PLEYTO

CON IVAN MANVEL
de Dueñas Escriuano Publico.

LA Parte del Reo en su Informe refirio parte del Hecho desde el principio hasta numero 19. dexandose lo mas sustancial, y lo que haze en fauor del Actor, por cuya causa es precisa obligacion referirle.

N.1. Los Marqueses del Algaua con facultad Real vendieron el Donadio del Peral termino de Salteras. Rematôse en publica almoneda en Don Ambrosio de Medina Araoz, como posseedor del Vinculo que fundò Doña Ysabel de Castellon, y para el dicho Mayorazgo a cuyo fauor se otorgò la escritura

de venta. Otorgòla pues Rodrigo Fernandez de Ribera en nõbre y en virtud de los dichos Marqueses, y los obligò en forma, ante Iuan Manuel de Dueñas Escriuano publico, en 16. de Iulio de 1631.

N.2. Vna de las condiciones deste contrato fue, que los dichos Marqueses para la seguridad del auian de dar fiadores, para en caso que fuesse euicto este Donadio. Que la condicion a la letra dize asi, fol. 172. B. y 173. *Otrosi obligo a los dichos señores Marqueses mis partes, debaxo de la dicha mancomunidad en sus nombres fecha, que dentro de ocho dias, que corren, y se cuentan desde el que esta escritura estuuiere acabada de otorgar, sus señorias los dichos señores Marqueses la ratificaràn, y aprouaràn sus Señorias, como principales, y Luis Alonso Ximenez, y Gregorio Ximenez Lucas, y Iuan Lobato de Carmona, y Luis de Quintanilla, vezinos de la Villa del Algaua, como sus fiadores, sin excursion, y todos de mancomun renunciando las leyes de la mãcomunidad, y a ello annexas, como en ella se contiene, se obligaron a la exhibicion y saneamiento, &c.*

N.3. Despues los dichos Marqueses, en 31. de Diziẽbre del dicho año, ante el mismo Escriuano Iuan Manuel de Dueñas, hizierõ escritura haziendo relacion de la referida en los numeros antecedentes, y que ella contuuo dos condiciones; vna, que auiã de dar fiadores; y otra, que los Marqueses la auian, de aprouar, y dizen, porq̃ ya han dado los fiadores, la aprueuan. Las palabras de la escritura son las que se siguen. *Y entre las calidades y condiciones de la dicha escritura, vna dellas fue, que a la seguridad y saneamiento de la dicha venta se auian de obligar por nuestros fiadores Luis Alonso Ximenez, y Gregorio Ximenez Lucas, y Iuan Lobato de Carmona, y Luis de Quintanilla, vezinos y moradores en la dicha nuestra Villa del Algaua, y con el tenor de la dicha condicion con efeto hemos cumplido, pues los susodichos se han obligado ante el dicho Iuan Manuel de Dueñas, por tales nuestros fiadores en el saneamiento y seguridad de la dicha venta, como cõsta de la escritura de obligacion, e indemnidad, y fiança por ellos otorgada en 19. de Diziembre deste dicho año de 1631. &c.* Como parece de la escritura, que està en el processo fojas 5. Van prosiguiendo los Marqueses, y dizen, que el dicho Escriuano les ha leydo la dicha escritura de venta, ellos la aprueuan y ratifican en fauor del dicho Mayorazgo, que fundò doña Isabel de Castellon, y don Ambrosio de Medina su posseedor.

N.4. Don Ambrosio cuidadoso de que tuuiera efeto la seguridad

dad de ſu contrato, antes y primero que los dichos *Luis Alonſo Ximenez, y Gregorio Ximenez. Lucas, y Iuan Lobato de Carmona, y Luis de Quintanilla,* fiadores, que auian de ſer de los dichos Marqueſes, otorgaſſen la fiança, les hizo vn requerimiento en 18. de Diziembre del dicho año de 31. (vn dia antes de lo que dize el Eſcriuano en la eſcritura de los Marqueſes, referida ſupra num. 3. que ſe auian obligado) en que les dezia, y requeria que los Marqueſes ſe auian obligado a darlos por fiadores. *Y q̃ el principal fin es el ſeguro, con q̃ comprò el dicho cortijo, es mediante ſu fiança y ſaneamiento, y que la han de hazer de ſu libre voluntad, y que para eſte efeto ſon venidos a eſta Ciudad, y que de no dezir y manifeſtar, ſi lo hazen de ſu voluntad, me queda* (dize don Ambroſio) *y a mis hijos y herederos recurſo contra ellos, y los ſuyos, por dezir, como en efeto paſſa, ellos me engañan, y quieren cõ coluſiõ y trato doble, hazer la dicha fiança; y que mediante auerla hecho;* ☞ *Yo he de deſembolſar y pagar el dicho precio; y que demas que ellos y ſus bienes me lo han de pagar y ſatisfazer, pidiendolo ciuilmente, por via criminal me querellarè, &c.* Por tãto les haze requerimiẽto en forma, y el dicho Reo Iuan Manuel de Dueñas notifica eſte requerimiento en 18. de Diziembre de 31. a Gregorio Ximenez Lucas, y Luis de Quintanilla, como parece del proceſſo a fojas 71. y 72.

N.5. Deſpues de paſſado lo referido, en 24. dias del mes de Diziembre, el dicho Reo Iuan Manuel de Dueñas hizo otra tal notificacion del requerimiento referido, ſupra numero antecedente, a Iuan Lobato de Carmona, que auia de ſer fiador, el qual reſpondio lo miſmo que los otros, en el proceſſo conſta fol. 73.

N.6. En fe de la obligacion de los Marqueſes, y fiança hecha por ſus fiadores, ſegun afirmò el dicho Eſcriuano en la eſcritura, q̃ hizieron los Marqueſes, referida ſupra num. 3. el dicho D. Ambroſio deſembolsò y pagò los 14U. ducados del precio del dicho Donadio del Peral, y eſtandolo poſſeyendo como poſſeedor del dicho Mayorazgo, que fundò doña Iſabel Caſtellon, ſalieron muchas deudas e hypotecas cõtra el dicho Donadio, y los Marqueſes del Algaua, y por Executoria de los ſeñores de la Real Audiencia, fue aprouado el remate hecho del dicho Donadio, para hazer pago a los dichos acreedores, en virtud de ſentencia de remate, y ſe diò la poſſeſsion a don Franciſco de Herrera comprador del dicho cortijo. Fue deſpojado dèl el dicho

cho Mayorazgo,y el dicho don Ambrosio su posseedor, como parece en el processo, fojas 75. hasta 92.

N.7. Viendose despojado el dicho Mayorazgo, del dicho cortijo que comprò, pretendiendo pedir su justicia cõtra los dichos Luis Alonso Ximenez, y Gregorio Ximenez, Lucas, y Iuan Lobato de Carmona, y Luis de Quintanilla fiadores de saneamiento, busca la escritura de fiança, que estos hizieron en 19. de Diziembre de 31. como afirma Iuan Manuel de Dueñas Escriuano que se otorgò ante el en la escritura referida supra num. 3. y no se halla semejante fiança, porque no se otorgò; y assi instruye su querella contra el Escriuano, ante quien passaron todas las escrituras referidas, porque afirmò auer passado ante el la dicha fiança, siendo contra verdad, pues no auia passado tal otorgamiẽto. Persuadese esto, y se prueua del mismo hecho del dicho Escriuano Reo, pues si en la dicha escritura de los Marqueses, referida supr. num. 3. dize que se otorgò en diez y nueue; y para esto precedio el requerimiẽto de diez y ocho, como despues el mismo Escriuano notificò el requerimiento a Iuan Lobato de Carmona en 24. del dicho mes, señal cierta de que no se otorgô, porq̃ si estuuiera otorgada, no era necessario hazer el dicho requerimiento, pero porq̃ no se auia otorgado, hizo la notificaciõ del requerimiẽto, como parece a foj. 13. dõde respondio el requerido. *Que otorgaria de buena gana la fiança.* Y siendo esto assi cierto, como lo es, hizo mal en afirmar q̃ estaua ya otorgada la dicha escritura de fiança.

N.8. Por cuya causa la querella tiene lugar contra el Escriuano q̃ afirmò lo q̃ ante el no auia passado, fundase in text. l. Paulus 16. §. 1. ff. ad l. Cornel. de falsis; porq̃ es falsitas legis Corneliæ, qui falsa signassẽt, vt supr. ibi lit. H. Y tãbiẽ lo es dezir en vna escritura, q̃ auia passado lo q̃ no passò, o encubrio el Escriuano. Circunstancia, que si lo manifestàra, o declaràra, las partes no otorgàran el instrumento, o le dieran otra forma, d. l. Paulus, ibi: *Sed & cæteros, qui in rationibus, tabulis, litteris, publicis alia ve quare sine consignatione falsum fecerint, vel vt verum non appareat quid celauerint subripuerint.* Todo esto es criminal, y son ramos sujetos a la ley rigurosa Cornelia de falsis, a que se junta la l. 1. §. in rationibus, ff. eodẽ in l. cũ qui 14. eodem. Y es de notar, q̃ en la dicha l. Paulus la palabra *subripuerint*, (segun la glos. ibi. litter. K.) es lo mismo, que *fecerint vt veritas apparere non possit*,

la

la glos. in dict. l. 1. §. in rationibus littera G. verbo *vel rem amouerint*, explica, *idest veritatē amouerint, idest fecerint vt verum apparere non possit*: y no pudo este Escriuano hazer de su parte mas, vt veritas apparere non possit, que callar lo que deuia manifestar, y afirmar lo que no auia sido verdad, pues no se auian otorgado las fianças, ni puede faltar la accion de dolo, l. siquis affirmauit 19. ff. de dolo.

N.9. Por crimen de falsedad conocio el Derecho Canonico, el que cometio este Escriuano, pues callô lo que deuio dezir, callò pues con dolo, imò, que afirmô estar otorgadas las fianças, que no se otorgaron. Y asi, o sea la afirmatiua suya, o sea de las partes, de qualquiera suerte el consintio: *Vterque Reus est, & qui veritatem occultat, & qui mendacium dicit: quia ille prodesse non vult, & iste nocere desiderat*, cap. 1. de crimine falsi. l. qui testamē tum: l. falsus, ff. de falsis: ex quibus iuribus notò Romano por singular la doctrina, singular. 376. in fine.

N.10. E indiuiduando las doctrinas, es comū y cierta, que cometio delito, quando en la escritura dixo, *que ante el se auia otorgado la escritura de fianças en 19. de Diziembre de 1631.* no auiendo sido asi; porque si *Notarius in instrumento dicit fuisse numeratam pecuniam, quæ re vera numerata non fuit, de falso punitur*, ex Bartol. in l. singularia num. 22. vers. *Sed si Notarius*, ff. si certum petatur, & ibi Paul. de Castro num. 9 & Alexand. num. 33. docet Farinacius de falsitate quæst. 154. part. 4. num. 32. & sequentib. melius Nicola. Genua de scriptura priuata, quæst. 5. nume. 1. libr. *Etiam* 1.

N.11. Y juntase a esto, que si antes no se auia otorgado, hizo mal en cooperar la falsedad, y no auisar a las partes de que faltaua tal otorgamiento, y por auerlo hecho, incurrio en la censura de la ley Cornelia, d. l. Paulus, ibi: *Vel vt verum non appareat, quid celauerint, &c.* Demas que Notarius qui asserit se vidisse testatorem quem re vera non vidit, cōmittit falsum. *Qui nō debet scribere nisi ea, quæ vidit, & cognouit*, Bald. in rubric. C. de fide instrum. & ex Bosio Farinacius de falsitate numer. 111. el qual en el numero 114. dize. *Quod Notarius falsum committit, pœna falsi punitur, quod in actis testatur fuisse productum instrumētum quod re vera non fuit productum, sed tantùm allegatum.* Con quanta mayor razon se dirâ lo mismo en este caso donde se alegò, se refirio, y no se otorgô, y afirmò que se auia otorgado.

N.12. Y siguiendo su afirmatiua y credito el otorgante, corrio

con el contrato fiado en la autoridad del oficio y legalidad, y verdad que deue tener el Escriuano, de cuyo oficio dixo Cassiodoro vari. lib. 12. cap. 21. *Scribarum officium securitas esse cunctorum, quoniam ius omnium eius solicitudine custoditur*. Pero faltò este seguro en este caso, por la siniestra assercion del Escriuano, a quien deuio creer don Ambrosio, porque el Escriuano *de fide publica robustissimè reparatur*, y deuio atéder a lo que le aconseja Cassiodoro vbi proximè. *Vt qui hactenus de integritate placuisti nulla debeas vanitate fuscari*, & hoc maximè en el indiuiduo deste pleito, q̃ haze los mayores, y aun todos los negocios de la plaça: *& contra Notarium sagacem, & versutum semper præsumitur eum fecisse de malitia, & de dolo*, como ponderaua Curtius Iun. cons. 56. n. 26. vers. *Non obstat* 5.

N.13. En la confession que se le tomò al Reo deste pleito, preguntandole si tenia noticia deste instrumento, respondio, dubius, y sin fixar el pie, que se auia otorgado, o no se auia otorgado. Y desta respuesta se conuence y prueua su delito; pues si fuera cierto q̃ se otorgò, lo dixera ingenuamente, pero como no se otorgô, respondio a dos àzes. *Et tunc ponitur Notarius dicens se non recordari fecisse rogatum de instrumento, de quo verè fuit rogatus*. Bonifac. de Vital. titul. de falsitat. numer. 24. Y siempre el dicho Reo en la defensa deste pleito, ha ido cõ estos dos visos, aunque aora se inclina en su memorial, en que se otorgô el instrumento, y culpa al sucessor en el oficio.

N.14. Y tambien en esta perplexidad y respuesta, como la del Reo deste pleito arguye el delito, Farinac. de falsitate d. quæst. 154. num. 44. ibi: *Si Notarius recusat exhibere protocollum dicens, aut illud non confecisse, aut amisisse potest torqueri*.

N.15. Pero no tiene que culpar al sucessor, porque el instrumento no se otorgô, y se prueua por muchos medios. El primero, que el Escriuano que lo hizo no lo afirma, como se ha visto, supra numer. 12. El segundo, porque para su euasion auia de prouar el que lo hizo, que lo otorgò, y que lo entregò (especificando el instrumento que se pretende) al nueuo sucessor; porque no basta prouança general del entrego, ni que en el auia dicho instrumento; porque es necessario que se prueue el especifico entrego, y que particularmente depongan los testigos, q̃ en el se contenia el dicho instrumento. Y de aqui nace, q̃ el Reo para prouar el entrego, primero auia de prouar el presupuesto

cierto desto, hoc est, que huuo instrumento, que se hizo, y que fabricò: porque mal pudo entregar, *illud quod non constat extitisse in rerum natura.* Ita arguebat in simili casu Petr. Surd. cons. 109. num. 9. & 10. lugar, que cō buenas razones y textos apoya nuestro discurso, y con su remission nos escusa de mas latitud: nec omittendus est Pareja de Quesada, in praxi de edendo titul. 5. resolut. 15 num. 9. ibi: *Quod probari debet existentia instrumenti in domo, naui, aut alia re, quæ ruinam, aut incendiū passa est ad hoc vt amissio dicatur probata.* Pero la otra parte vâ siempre con presupuesto incierto, o dudoso, porque no afirma que se fabricò tal instrumento.

N. 16. Pondera la otra parte, que el protocolo se halla en el sucessor del Oficio, con rastros de auer quitado papeles, o supuesto otros. Euasion fragil, pues en el vltimo quaderno de aquel año se halla entero, assi en las hojas escritas, como en las blancas, y este quaderno en el qual precisamente auia de estar este instrumēto, segun el dia que suena auerse otorgado, y no se halla: si aunque se halla el quaderno entero, y sin sospecha, señal cierta es, que no se otorgò, porque (si exempli gratia) en el Digesto viejo no se hallare impresso el tit ff. de pactis, aunque en el Digesto nueuo se halle, que estan los folios enmēdados, o enquadernado segunda vez, no diremos que tiene la culpa el estudiante que estudia en ellos, sino que el Impressor vsò mal de su oficio, pues no imprimio el tit. ff de pactis que le falta, o que si lo imprimio se quedò con el, y no lo entregò al librero, y por esso lo cosiô y enquadernò diminuto.

N. 17. Gran presuncion y conjetura de falsedad, dize el señor Presidente Couarruuias, que es ver vn instrumento, del qual no se halla registro, hallandose de otros del mismo mes y año, practicar. quæst. cap. 19. num. 3 in fine, vers. *Quarto*, ibi: *Maximam fuisse suspitionem, & præsumptionem falsitatis contra instrumentum, quod producitur, quoties reperiuntur protocolla ipsiusmet Tabellionis eiusdem anni, & mensis, qui conscripti sunt in instrumento, & tamen nulla in his huius instrumenti reperitur mentio, &c.* Si es pues indicio de falsedad, no estar en el protocolo con los demas instrumentos de aquel mes y año, aunque se halle escrito; mayor serà el indicio de que no se fabricò, pues ni se halla en el dicho protocolo mēciō del, ni tampoco se halla escrito en otra parte: ex quibus euincitur, que no se hizo el dicho instrumento, auien-

auiendo afirmado el Escriuano, que se auia otorgado. Añadese a esto el hecho, que arriba queda apuntado, y es, que el requerimiento q̃ don Ambrosio hizo a los fiadores, fue ante el mismo Escriuano Reo en 18. de Diziembre, y en el dia que otorgã los Marqueses, y dize el Escriuano, que ya està otorgada en 19. de Diziembre, y no lo estaua, pues en este por esso cõsta fojas que no se auia otorgado, respeto q̃ en 24. del dicho mes el dicho Escriuano notificô el requerimiento a Iuan Lobato de Carmona, y si estaua otorgada sobraua el requerimiento, y sino se otorgô, bien yua el requerimiento; pero ya se cometio la falsedad de afirmar que estaua otorgada.

N. 18. Estas fueron las razones, y estos los derechos en que fundò el menor su querella, y su justicia, y aunque el Reo no la niega, antes confiessa su obligacion num. 20. y en el 21. dize, q̃ fue infalible se otorgò la escritura (supuesto incierto, y q̃ tenemos desuanecido hucvsque.) Y es debil el fundamento en que pretẽde prouar despues que las palabras enunciatiuas proferidas por las partes prueuan. Esto no es del caso, antes muy diuerso, porq̃ lo mas que puede arguir el Reo es, que los Marqueses pronunciaron aquellas palabras, y ellos no fueron los que hizierõ las fianças, ni don Ambrosio a quien no se le pueden aplicar q̃ las dixo tampoco: hecho ageno fue, sin dependencia de ningũ contrayente, y assi no prueuan el hecho, prouarã las palabras enũciatiuas entre las partes de hecho suyo, pero no de hecho ageno. Y assi se estarà a lo que dixere el Escriuano, y pues el callò la verdad, o coadjuuô a lo que no era cierto, incurrio en la ley Cornelia, *vel vt verũ non appareat, quid celauerit, vel subripuerint*, d. l. Paulus, ff. ad l. Cornel.

N. 19. Reduze el Reo su defensa, a que se ha de pedir el instrumento al sucessor del Oficio, y no se defiende de lo que se le pide, q̃ es acusarle de que no auiendose otorgado vn instrumento ante el, afirmô que se auia otorgado, de que resultò que se pagasse el cortijo en fe de los fiadores que auian dado los Marqueses, pues el delito està en esto, y a ello no se dà defensa.

N. 20. Dizese mas por esta parte, que el Reo no se defiende biẽ, diziendo que se pida el instrumento al sucessor del Oficio: fuera buena defensa si el prouàra, que entregò el instrumento, pero no prueua tal cosa, ni la alega, ni la articùla, antes (como està dicho) siẽpre ha estado dudoso, sin afirmar que se otorgò, o

que

q̃ no se otorgò: ni puede cul par al sucessor en el oficio, pues no le puede hazer cargo que se entregò este instrumento. Imò, se retuerce contra el Reo esto, y arguye mas malicia contra el, pues deuiendo entregar el protocolo, y demas papeles cõ cuenta y razon, segun su obligacion, l.24.& 25.libr.4.Recopilat. ibi: *Y despues las den y entreguen al Escriuano que sucediere en el dicho Oficio per ante el dicho Escriuano, &c.*

N.21. A esta ley tan justa, se dà por el Reo respuesta en el nu.37. y 38. diziendo, que no se ha recebido esta lei en Seuilla, y que ay costumbre contra ella, la qual dize vence a la ley. Dos cosas contrarias; la vna, *que no se ha recebido*; es contraria a dezir *Que ay costumbre contra ella*. Se responde, que en España, siendo como es el Principe señor soberano, las leyes que promulga, luego obligan, sin que tengan necessidad de la aceptacion del pueblo, porque si esto fuera, ya no se dixera señor soberano el Principe, pues dependia su potestad de la aceptaciõ de su pueblo. Y es principio cierto, que lex sufficiẽter promulgata, & proposita ab habente authoritatẽ obligat à sui obseruãciam. Y fuera falso, si dependiera de la aceptaciõ del pueblo. Doctrina, que con buenas razones, textos, y sylogismos defiendẽ el P. Alfonso de Castro de potest. leg. penal, lib.1.cap.1. y el P. Frãcisco Xuarez de legib. lib.3 cap.19.n.4.& 5. & lib.4. cap. 16. Este de la familia de S. Ignacio, y aquel de la Franciscana.

N.22. A la segunda de la costumbre, si esta vence a la ley, o no, es dilatada materia: lo q̃ se responde es, que ni ay costumbre, ni està prouada, y aunque la vuiera, no vence la ley, y que no ay costumbre, patet' porque vna cosa es; *Desuetudo, quæ respicit non factũ, vel non vsum vt sic nil ponit in esse, imò negat aliquid in rerum natura esse.* Y desta *desuetudine*, quiso hablar el Reo, la qual non tollit legẽ, ad traddit. ab Carras. cap.8.n.13.& 14. Y otra cosa es *cõsuetudo*. Y esta ni està alegada, ni articulada, ni prouada, porq̃ para prouar costumbre cõtra ley, es preciso y necessario que se prueue, specificè, & in casu de quo agitur; y tambien que los actos q̃ induzen costumbre, fuerint facti in vim, & ad effectum inducendi consuetudinem Decian. cons.215. num. 4. Y finalmẽte otros muchos requisitos que juntò Ercules Merescot. lib.2. variar. cap.100. â num.1. vsque 7. y entre ellos es, que los testigos, quanuis non sint interrogati debẽt rationem reddere, y que deue concurrir verisimiliter notitia totius

 popu-

populi, &c. Barbosa in collect. cap. fin. de consuetud. nu. 19. Pero no pretende el Reo esto, pues para introduzir costumbre cõtra ley, se ha de confessar estar recebida y publicada, y que contra ella ay costumbre: y no dize el Reo esto, sino que no se recibio esta ley, ni se ha vsado de ella.

N. 23. Y aunque vuiera costumbre, no vence a la ley, quando ella tiene clausula, *Sublata consuetudine*, vel *non obstante quacumque consuetudine*, como tiene nuestra l. 24. titu. 25. lib. 4. ibi: *Lo qual todo que dicho es se haga, y cumpla assi, para siempre jamas, sin embargo de qualquier costumbre, y ordenança, que en las dichas Ciudades, Villas, o Lugares, aya en contrario de lo susodicho, assi entre los Escriuanos de ellos, como en otra qualquiera manera; lo qual todo cassamos, y anulamos, y mandamos que sin embargo de ello se guarde lo suso contenido*. Y estante esta clausula, la question es, que efetos tenga? Y tiene por efetos que excluye la costumbre, *Futura etiam immemorialẽ*, ex glos. in Clemẽt. vltim. verb. *Quamuis de rebus Ecclesiæ* & glos. in Clement. 1. in verbo: *Quanticumque lit. K. de foro competenti*, docet Couarruu. variar. libr. 3. cap. 13. nume. 5. Ercules Marescotus d. libr. 2. cap. 101. cuya question es; *Sublata consuetudine per legem, vel statutum, an immemorialis sublata censeatur*; y resuelue, que contra ley que tenga esta clausula, no ay costumbre, ni la inmemorial. Y en el num. 5. dize, que la doctrina es sin disputa, quando la ley dixo, no solo *non obstante consuetudine*, sino que añadio, *quacumque*, y dixo, *non obstante qualquiera costũbre*, y en nuestra ley, no se halla otra cosa, sino execraciones de la corruptela, y mal abuso a q̃ quiso obiar la ley, cõ tan repetidas palabras, ibi: *Para siempre jamas*, & ibi: *Aya en contrario de lo susodicho qualquiera costumbre en contrario*. Et ibi. *Cassamos, y anulamos*. No se halla palabra ociosa; todas estan llenas de mysterios, excluyendo la costumbre. Y assi aunque mas se quiera hazer esfuerço en la costumbre contra ley, no se admite, ni oye, quando la ley tiene clausula; *No obstante qualquiera costumbre*. Cõ estos fundamẽtos satisfizo el Reo la causa y questiõ criminal, y passò a lo ciuil, passemos tãbiẽ nosotros a su satisfaciõ.

N. 24. Dize pues en el num. 39. de su informe, que tiene excluida la question, y causa criminal, ac per consequens la ciuil, como incidente. Y dependiente della, y respondese negando suppositum; porque como queda notado, la causa criminal, y el delito està siempre instando, respeto de que las dos colunas de

su in-

su informe son, que se otorgò la escritura, y que la entregò al sucessor: cuius omnimodo contrarium constat. Y el segundo, que la ley del Reyno en Seuilla, no obliga, por no auerla aceptado los Escriuanos, a que proximè satisfactum est.

N.25. En el nu. 40 dize, que de la suerte, q̃ si oy pareciera la escritura, por ella no podian ser los fiadores molestados; assi tãpoco lo deue ser el Reo. Y para prouar el supuesto, o el antecedente, dize q̃ no estã obligados los fiadores, porq̃ los Marqueses, y don Ambrosio nouaron el primero contrato, y assi que quedò extinta su fuerça, y anihilado su efetò: prueua la nouacion, porque dize que los fiadores se obligarõ a la euiccion en aquella condicion, que el contrario refiere en su alegacion nume. 4. que fue no pagar el precio hasta estar redemidos los censos, y alçadas las hypotecas, y que despues hizierõ otra escritura, que refiere en el num. 9 que fue dezir, que no se auian redemidos los censos, ni quitado las hypotecas, y q̃ se dilataua la redencion por tres años mas, con las calidades vt infra.

N.26. Respondese duplici modo, que su delito, ni el castigo de su culpa pende de los nueuos accidentes, que sucedieron, ni el delito vna vez cometido se purga sino con el castigo. El delito del Reo està en afirmar, que se auia otorgado la escritura, no siendo assi; aunque don Ambrosio, y Marqueses distrataran la venta del Donadio, no por esso queda excluido el delito que el Escriuano cometio en la escritura del contrato.

N.27. Y porq̃ ni los fiadores estan libres, ni el Reo tãpoco, y q̃ ni vuo nouaciõ expressa, ni tacita, no solo q̃ no la vuo, sino q̃ vuo pacto expresso de q̃ no se auia de nouar: como parece de la escritura, q̃ entre los Marqueses, y D. Ambrosio hizierõ, q̃ entre otras clausulas ay vna, que dize assi foj. 110. del pleyto. *Y en esta conformidad ambas partes ratificamos, y aprouamos esta escritura, por la qual dexamos en su fuerça, y vigor y antiguedad y prelacion todas las escrituras de donde esta procede, sin innouarlas, que no las innouamos en cosa alguna.* Vease pues aora como se puede dudar, ni como se aplique a el pleito la duda, si entre dos cõtratos incompatibles ay nouacion? auiendo vna clausula y protesta tan clara? Demas de que no ay incompatibilidad entre estos dos contratos; vno, no pagar hasta estar subrogados, y otro, pagar, y que dentro de cierto tiempo se rediman. Y mas quãdo vienen en ello los mismos fiadores, vt infra videbimus.

Sed

N.28. Sed discutiamus iam illam quæstionem, *An, scilicet, Fideiussor liberetur si inscio eo creditor proroget tempus solutionis principali debitori obligato?* Que es cõ la que se defiende el Reo, porque dize que no auia de dar el comprador el precio, sino se alçauan primero las hypotecas. Y parece que despues prorogò tres años para quitar las hypotecas; y no por esso se libran los fiadores, ni le aprouecha esta defensa al Reo.

N.29. La controuersia fue para los antiguos ambigua, como le parecio a Iason. in l. Lecta ff si certum petatur, motiuose de la inteligencia de la l. cum Hermes, C. locati, con el text. in l. si vnus, §. si cum Reo, ff. de pactis, & ibi glos. vbi legistæ; y los Canonistas in cap. constitutus 3. de fideiussoribus. La resolucion cierta es, que si el tiempo es causa de la obligacion, y tiene tiẽpo determinado, como es el que fia a otro en el arrendamiento de vna casa por tres años, si se alarga por el dueño della mas tiempo, no queda obligado el fiador por aquel tiempo prorogado; y en este sentido habla la l. cum Hermes, & similes; mas quando el tiempo no es causa de la obligacion, sino que es causa de la dilacion y execucion del contrato, en este caso la prorogacion de plazo hecha por el acreedor al principal, no libra al fiador, antes le aprouecha; y en esta especie habla el texto in d. §. si cum Reo. En el caso deste pleito la obligacion fue absoluta, no temporal, que no auia de pagarse el precio hasta redemir los tributos, coartasse esto a tres años por nueua escritura; no por esso se libran los fiadores.

N.30. Nadie mas bien aprouô la distincion, q̃ Bembenut Stracha tractat. de Decoctoribus part. 5. num. 1. ibi: *In qua (scilicet, quæstione de qua agimus) illa distinctio frequenti Doctor sentẽtia est recepta, vt siquidem fideiussor ad certum tempus se obligauit, finge ad annum soluendæ pensionis domus gratia facta prorogatione, si consensum non præstitit fideiussor, ex præterito in quo se obligauit teneri, ex prorogatione autem non teneri. d. l. si cum Hermes, &c. Si vero fideiussor simpliciter fideiussit, & solutio dilata est ad certum diem, facta per rogatione diei à creditore Reo, & in termino prorogato, ignorante etiam fideiussore, fideiussor obligatus remanet, hoc enim modo intercedendo in omnem causam fideiussisse videtur, l. si cum vnus, §. si cum Reo, ff. de pact.* Prosigue este Autor cõ buenos textos, autoridades, y exẽplos esta materia, y lo concluyò en vna palabra diziẽdo. *Hoc enim casu differendæ obligationis causa dies adiicitur; at in prima facti specie*

specie finiendæ, en el vn caso el tiempo acaba la obligacion, y en el otro el tiempo dilata la execucion.

N. 31. En pocos reglones resoluio lo mismo Andres Gail pract. obseruat. lib. 2. obseru. 30. n. 11. ibi: *Secus in fideiussore simpliciter dato sine aliqua termini circunscriptione: quo casu prorogatione termini non liberatur fideiussor*, Alex. Deci. &c. *Et sic obserua prorogationem termini liberare fideiussorem quando tempus adiectum fuit causa limitandæ obligationis: secus si tempus solummodo solutioni adiectam sit, quo casu prorogatio termini non liberat fideiussorem.* Y deste sentir fueron los demas DD. interim videndi sunt Gaspar Anton. Thesaur. decis. 125. per totam. Ioannes Gutierrez de iuramento confirmat. 1. part. cap. 49. numer. 14. & 15. Anton. Gom. 2. tom. variarum cap. 13. num. 21.

N. 32. En lo que no ay duda es, quando la prorogacion se hizo con protesta, que no le pare perjuizio al primero contrato, Thesaurus. d. decis. 121. n. 5. ibi: *Et tanto magis hæc cõmunis resolutio procedet si dictum esset in prorogatione citra præiudicium primæ obligationis.* Y no dixerõ otra cosa las partes sino protestar, que no se nouaua, ni alteraua la obligacion primera, como se ve foj. 110. del processo, ibi: *Sin que por lo contenido en este capitulo, sea visto, ni se entienda auerme yo contentado, ni quedar por mi cuẽta, ni riesgo cosa alguna, ni mi derecho, antiguedad, y prelacion perjudicado, porque debaxo desta protestacion, vengo, y consiento en lo contenido en esta condicion, &c.* Y mas adelante dize don Ambrosio. *Con protestacion que hago, que por razon deste consentimiento, mi derecho no ha de quedar perjudicado en cosa alguna:* Y no parò esto en sola la voluntad del dicho don Ambrosio, sino que ambas partes dixerõ assi, d. fol. 110. ibi: *Y en esta cõformidad ambas partes ratificamos, y aprouamos esta escritura, por la qual dexamos en su fuerça, y vigor, y antiguedad, y prelacion todas las escrituras de donde esta procede, sin innouarlas, que no las innouamos en cosa alguna*: de cuyas clausulas tan repetidas y geminadas, se prueua, que no solo no quisieron las partes alterar el primero contrato, sino que su intẽto principal fue, ni alterarlo, ni innouarlo, antes que siempre quedauan ratos, y permanentes los pactos antecedentes.

N. 33. No se qnedò esto (que la otra parte llama nouacion, o alteracion de contrato) en solos terminos de la voluntad de los contrayentes, sino que tambien interuinieron, y consintieron los mismos fiadores en esta dilacion de paga, o en que don Ambrosio pagasse antes de la redenciõ de los tributos. Con que queda excluida la ponderaciõ del Reo en su memo-

rial num. 4. y 5. supuesto que los fiadores consintieron que se pagasse el precio antes de la redencion.

N. 34. Prueuase este consentimiento con instrumento publico el mismo dia que los Marqueses aprouaron la venta, y que el Escriuano afirma se otorgô la fiança (que fue 31. de Diziẽbre de 1631.) se haze otro contrato entre dõ Ambrosio, y los Marqueses, y dizen, que en la escritura de venta fue condicion; que antes de la paga del precio, se auian de subrogar las hypotecas; que esta subrogacion no es facil, y que es mejor redemir los tributos, que esto se harà en tres años, que don Ambrosio pague, y que con su interuencion se redima; en esto vienen los fiadores, porque lo dizẽ los Marqueses, y el Escriuano lo assegura. La escritura presentada fol. 115. referida por el Reo en su memorial num. 9. dize assi. *Y para mas seguridad, que desta obligaciõ dan por sus fiadores a Luis de Quintanilla, y doña Maria Montero su muger, y Luis Alonso Ximenez, y Gregorio Ximenez Lucas.* ☞ *Como consta de la escritura de obligacion, y fiança, otorgada ante el presente Escriuano* (scilicet, Iuan Manuel de Dueñas el Reo) *que si necessario es, nosotros* (dizen los Marqueses) *aceptamos, y aprouamos, como en ella se contiene.* Como pues pueden dezir los fiadores, que estan libres de su obligacion, por auer pagado don Ambrosio antes de la subrogacion de las hypotecas? que todo fue vn contrato entre principales, y fiadores, hecho todo en 31. de Diziembre de 631. y que de la suerte que fue trato, q̃ auia de preceder la subrogacion, en el mismo dia se tratò entre fiadores, y principales, de que sin embargo don Ambrosio pagasse el precio, con q̃ dentro de seis años se redimiesse. Y fuerõ tan sabedores, y tan consentidores los fiadores desto, que el mismo don Ambrosio cõprehendio ambas cosas en el requerimiento que les hizo fojas 71. donde dize, que ellos han de otorgar fiança de saneamiẽto del Donadio; y juntamente han de otorgar otra fiança de 4U. ducados, para que don Ambrosio entregue el precio; por tanto les requiere, que ambas fianças las otorguen libremẽte. Este requerimiento notificò dicho Iuan Manuel Reo deste pleito, en 18. y 24. del dicho mes. De q̃ resulta, que ni las partes, ni el Escriuano, ni los fiadores ignoraron los nueuos tratos, antes los consintieron expressamente, pues no reclamaron quando se les notificò el requerimiento diziendo; Nuestra obligacion es assegurar despues de hecha la subrogacion, no queremos aora otorgar nueua fiança, de que dentro de tres años los Marqueses tendran redemido, y alçadas, y quitadas las hypotecas

tecas. Pues no dizen esto los fiadores, sino que consienten los nueuos contratos, y alteracion (que no vuo mediante la protesta) del primero, y no solo consienten, sino que salen por fiadores de los nueuos contratos, y en estos està la protesta, scilicet. *Dexamos en su fuerça, y vigor, antiguedad, y prelacion todas las escrituras de donde esta procede, sin innouarlas, que no las innouamos en cosa alguna.* De donde resulta, que el hecho està con cabilaciõ de la otra parte preuertido, pues haze fuerça en el nueuo contrato, deuiendo aduertir, que fue en vn mismo dia, ante vn mismo Escriuano, y consintiendo los fiadores.

N. 35. Segun lo qual, aunque estuuieramos en la contraria opinion, scilicet, que era necessario el consentimiento de los fiadores, de qua Paul. Castrẽsis in l. diei cautionis ff. de damn. infect. num. 2. Ya damos consentimiento de los dichos fiadores, y no asi como quiera, sino que don Ambrosio les requirio, con su consentimiento fuera libre, y ellos fiaron, y fueron sabedores del contrato, y del segundo trato que depẽdia del primero, como se dize en la escritura, *Todas las escrituras de donde esta procede.* Vnde sucede la regla, que por la dependencia antigua, la prorogacion no es nueuo contrato, sino appendix del primero; y asi non liberantur fideiussores ex l. peculium, §. si ęre alieno, ff. de peculio, l. qui possesionem, ff. de vi armata, tenet Tiraquell. de retract. linag. §. 19. glos. 2. numer. 4. De que resulta, que por la nueua forma no se libra, ni los fiadores.

N. 36. El consentimiento de los fiadores suficientemente queda prouado, y se prueua mas de la respuesta que dan al requerimiento que les haze don Ambrosio, pues respondieron asi: *Que tienen por bien, y quieren obligarse por sus fiadores, asi al saneamiento de la venta del dicho Cortyo del Peral, como de todo lo demas en que el dicho señor Marques los quisiere ofrecer, y dar por sus fiadores, cerca de la dicha venta, y seguridad de la paga de los tributos; que sobre el estan situados, porque en todo estan prestos de con beneplacito, y voluntad seruirle con sus personas y hazienda, y que aora, ni en ningun tiẽpo no reclamaràn, ni contradiràn las dichas fianças, ni las que cerca de lo referido hizieren, &c.* Y acaban. *Y en conformidad desto piden, y ruegan al dicho don Ambrosio de Medina Araoz, se sirua debaxo deste seguro, y del q̃ han de cõtener las tales obligaciones, y fianças, de acomodar y seruir a su Señoria en la conclusion deste negocio, y esto dierõ por su respuesta, y lo firmaron, &c.* No puede estar mas expresso el consentimiento, ni mas rogado por los mismos fiadores.

En

N.37. En virtud deste consentimiento hizieron las fianças estos fiadores: vna, la que no parece, y otra de los 4U. ducados de la prorogacion del termino, como parece de la escritura de los Marqueses del dicho dia, ibi: *Otrosi, para mas seguridad* (hablan los Marqueses) *del dicho Don Ambrosio, le damos por nuestros fiadores a Luis de Quintanilla, y doña Mariana Monterro su muger, y Luis Alonso Ximenez, y Gregorio Ximenez Lucas, como consta de la escritura de obligacion, y fianças, otorgada ante el presente Escriuano publico, &c.* Y es Iuan Manuel de Dueñas. No podra dezir el Reo, que esta fiança no se otorgò, porq̃ serà duplicar el delito, y agrauar su culpa con nueua querella.

N.38. Ni tampoco podra dezir lo que insinuò en su memorial e informe num. 21. & 22. que estas palabras, y razones, scilicet, *Que se han otorgado las fianças ante el presente Escriuano*, son de las partes, y no del Escriuano: porque esta assercion es contra estilo, y contra derecho. Contra estilo, porque no ay cosa mas notoria, y vsada en Seuilla, que entregar los papeles al Escriuano publico, y el haze y ordena los instrumentos, y escrituras, y solo las partes los firman: y assi todo lo que ay en ellos, clausulas, razones, y fuerças estan puestas por los Escriuanos. Contra derecho es, pues se opone a la decision del text. in l. sicut 8. §. non videtur, ff. quibus modis, pign. l. in ædibus 9. §. quod filiusfamil. ff. de donation. Quibus cauetur quod præsens, & tacens videtur consentire. Y de Escriuano es notable el text. in l. fideiussor 26. §. pater vsque ad §. Lucius, ff. de pignoribus, ibi: *Modestinus respondit cum sua manu pignori domum suam futuram; Seiùs scripserit consensum ei obligationi dedisse manifestum est.* Cuya especie ponderada se halla, que por solo escriuir la obligacion, se induze consentimiento expresso de todo lo contenido en ella, l. fin. C. plus valere, quod agitur, & benè Andr. Tiraquellus de retractu, §. 1. glos. 9. numer. 159. Mas escusadas son prueuas, quando èl mismo en el instrumento que haze confiessa, que ante el se otorgò el instrumento relato.

N.39. Ex quibus omnibus hucvsque dictis, parece que queda fundada la pretension del dicho don Alonso querellante, y por las mismas razones excluidas las defensas del Reo, de donde nace, que se deue sentenciar la causa en su fauor. Salua in omnibus D.D.V.C. Hispali pridie Kalendas Maij anni 1652.

Lic. Don Iuan Oliuer.